

**IN ASSENZA DI SPECIFICA DICHIARAZIONE DI SUBAPPALTO NECESSARIO IL
CONCORRENTE NON PUÒ FARE RICORSO A TALE ISTITUTO PER SUPPLIRE ALLA
PERDITA DI UN REQUISITO DI PARTECIPAZIONE IN CORSO DI GARA**

TAR Sardegna, sez. II, 27.7.2023 n. 584

Massime (segue testo)

<< 1. Con il primo motivo di gravame la ricorrente censura la disposta esclusione dalla procedura assumendo che la Stazione Appaltante avrebbe dovuto consentire alla Savatteri Costruzioni srl di poter supplire alla temporanea perdita della classifica III bis per il tramite del ricorso al subappalto, atteso che la medesima aveva dichiarato nel DGUE che si sarebbe riservata la facoltà di subappaltare i lavori ai sensi dell'art. 105 del D.Lgs 50/2016.

1.1. Il motivo è infondato.

Parte ricorrente, infatti, si è limitata a rendere una dichiarazione volta a prospettare la possibilità di ricorrere, ai sensi dell'art. 105 comma 2, al subappalto per l'esecuzione di una parte dei lavori, non rendendo apposita dichiarazione di ricorso a tale istituto al fine di qualificarsi per partecipare alla gara.

Sul punto la giurisprudenza ha evidenziato che "l'operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario (in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 1° luglio 2022, n. 5491), ove è ben evidenziata la diversità di presupposti e di funzioni delle due dichiarazioni, di ricorrere al subappalto facoltativo oppure a quello necessario, in quanto "...nella dichiarazione di subappalto "necessario" viene in rilievo non una mera esternazione di volontà dell'operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto "facoltativo", bensì una delle modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi di par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche"; (cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 31 marzo 2022, n. 2365 e, ancora più recentemente, Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596).

La giurisprudenza, quindi, ha chiarito che, se da un lato, il concorrente non è tenuto a indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta, dall'altro, è tenuto senz'altro a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante>>

Pubblicato il 27/07/2023

N. 00584/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00290/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 290 del 2023, proposto da:
Savatteri Costruzioni S.r.l. in proprio e quale Capogruppo del Costituendo
Raggruppamento Temporaneo con Progetti di Roberto Nigrelli & C. S.R.L ed
Eredi Marotta Salvatore di Marotta Calogero Giosuè & C. S.A.S, rappresentati e
difesi dall'avvocato Fabrizio Laudani, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

contro

Comune di Cagliari, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso
dall'avvocato Francesca Frau, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, in persona del Ministro pro
tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Cagliari,
domiciliato in Cagliari presso gli uffici della medesima, via Dante n. 23;

nei confronti

Rinac S.r.l. e Lobina Costruzioni S.r.l., rappresentati e difesi dagli avvocati Daniela Piras e Sergio Segneri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della determina dirigenziale del 31 marzo 2023, trasmessa con P.E.C. del 3 aprile 2023, con la quale il Comune di Cagliari ha:

a) escluso l'R.T.I. Savatteri Costruzioni srl/Progetti di Roberto Nigrelli & C. srl e Eredi Marotta di Marotta Calogero Giosuè & C. s.a.s (d'ora in avanti R.T.I. Savatteri Costruzioni) dalla gara avente ad oggetto "l'affidamento dei lavori relativi al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) - Missione 2 Componente 4 Investimento 2.1a - Interventi infrastrutturali per la salvaguardia da eventi eccezionali e manutenzione straordinaria della rete pluviale nel territorio di Pirri. Collettore 47 via Italia. CIG: 9564603017";

b) revocato "l'aggiudicazione dell'appalto a favore del sopraccitato RTI, effettuata con la determinazione dirigenziale n. 764 del 09.02.2023";

c) aggiudicato l'appalto all'R.T.I. Rinac srl/Lobina Costruzioni srl;

d) della nota del 14 marzo 2023, con la quale il Comune di Cagliari ha avviato il procedimento di esclusione nei confronti del R.T.I. Savatteri Costruzioni;

e) della nota del 29 marzo 2023, con la quale il Comune di Cagliari ha rigettato le controdeduzioni dell'R.T.I. Savatteri Costruzioni del 23 marzo 2023;

f) della nota del 29 marzo 2023, con la quale il Comune di Cagliari ha comunicato all'R.T.I. Savatteri Costruzioni l'esclusione dalla gara e conseguentemente la revoca dell'aggiudicazione in suo favore; di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale,

nonché

per il risarcimento in forma specifica ai sensi dell'articolo 124 del codice del processo amministrativo, mediante declaratoria del diritto della ricorrente

all'aggiudicazione dell'appalto, previa declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato;
in via subordinata
per l'accertamento del diritto del ricorrente a subentrare nel contratto medesimo;
in via ulteriormente subordinata,
per il risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cagliari e di Rinac S.r.l./Lobina Costruzioni S.r.l. e del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2023 il dott. Roberto Montixi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La SAVATTERI COSTRUZIONI SRL ha impugnato, con il ricorso in epigrafe, la determina dirigenziale del 31 marzo 2023 con la quale il Comune di Cagliari ha escluso l'RTI Savatteri Costruzioni srl/Progetti di Roberto Nigrelli & C. srl e Eredi Marotta di Marotta Calogero Giosuè & C. s.a.s dalla gara avente ad oggetto *"l'affidamento dei lavori relativi al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) - Missione 2 Componente 4 Investimento 2.1a - Interventi infrastrutturali per la salvaguardia da eventi eccezionali e manutenzione straordinaria della rete pluviale nel territorio di Pirri. Collettore 47 via Italia. CIG: 9564603017"*, ha disposto la contestuale revoca dell'aggiudicazione dell'appalto accordata a favore del sopracitato RTI con la

determinazione dirigenziale n. 764 del 9.02.2023 e ha affidando la commessa al controinteressato R.T.I. Rinac srl/Lobina Costruzioni srl, oltre agli atti correlati.

2. Espone la ricorrente di aver partecipato alla sopra indicata gara indetta dal Comune di Cagliari, impegnandosi a costituire un raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale con le imprese Progetti di Roberto Nigrelli & C. srl e Eredi Marotta di Marotta Calogero Giosuè & C. s.a.s con le seguenti quote di partecipazione: -Savatteri Costruzioni srl (mandataria), in possesso della categoria SOA OG6, Classifica III bis, con la quota del 40%; -la Progetti di Roberto Nigrelli & C. S.R.L. (mandante), in possesso della categoria SOA OG6, Classifica III bis, con la quota del 30%; -la Eredi Marotta di Marotta Calogero Giosuè & C. s.a.s (mandante) in possesso della categoria SOA OG6, Classifica III bis, con la quota 30%. La Savatteri Costruzioni, inoltre, al fine di incrementare la propria qualificazione nella suddetta categoria, ha dichiarato nella domanda di partecipazione che si sarebbe avvalsa dei requisiti dell'impresa ausiliaria AN.CO. SRL, provvista della categoria OG6, classifica II.

3. All'esito delle operazioni di gara, l'offerta dell'R.T.I. Savatteri Costruzioni, pari al 26,17%, è risultata la migliore e il Comune di Cagliari, con determina del 9 febbraio 2023, ha aggiudicato l'appalto al raggruppamento medesimo.

4. In sede di verifica l'Amministrazione Committente ha accertato che, in occasione del rinnovo dell'attestazione SOA (con scadenza 12.3.2023), la Savatteri s.r.l. aveva subito un declassamento nella categoria di lavorazione SOA OG6, richiesta nella gara in oggetto, passando dalla classifica III bis alla III.

5. Con comunicazione prot. 85010 del 14.3.2023, l'Ente Comunale ha, pertanto, avviato il procedimento di esclusione per la perdita dei requisiti con riferimento alla percentuale di partecipazione al raggruppamento (40%) dichiarata al momento della presentazione dell'offerta.

6. All'esito dell'interlocuzione procedimentale, nel cui ambito la ricorrente ha richiesto l'assegnazione di un termine per la rimodulazione delle quote all'interno del raggruppamento, l'Amministrazione resistente, con nota prot. 101559 del 29.3.2023, ha comunicato il rigetto dell'istanza e ha preannunciata l'esclusione dalla gara per sopravvenuta perdita dei requisiti così come dichiarati in sede di offerta.

7. Con determinazione n. 1897 del 31.3.2023, è stata quindi formalizzata l'esclusione dell'RTI Savatteri, revocata la precedente aggiudicazione in suo favore e disposta la nuova aggiudicazione in favore del secondo classificato RTI Rinac.

8. Avverso tali determinazioni è insorta l'odierna ricorrente che ha formulato tre motivi di gravame.

8.1. Con il primo motivo l'RTI Savatteri ha dedotto violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 105, comma secondo, del D.lgs. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione del punto 3) dell'Invito; violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 12, comma 2, del D.L. 47/2014 e del principio di favor participationis; eccesso di potere per difetto di istruttoria e ingiustizia manifesta.

8.1.1. Rappresenta il raggruppamento ricorrente che l'esclusione comminata dalla stazione appaltante sarebbe illegittima considerato che la piccola parte del requisito di qualificazione venuto a mancare in capo all'ATI in data 2 marzo 2023 (di soli 224.536,5 euro) sarebbe appieno integrabile da quest'ultima ricorrendo al subappalto ai sensi dell'articolo 105 del D.lgs. n. 50/2016, in quanto a seguito della temporanea perdita della classifica III bis, la Savatteri potrebbe legittimamente subappaltare i lavori non coperti da tale classifica ad imprese qualificate.

Sottolinea la ricorrente che la giurisprudenza avrebbe chiarito che il subappalto c.d. necessario può riguardare non solo i lavori ricadenti nelle categorie scorporabili ma anche quelli relativi alla categoria prevalente nel caso in cui (come nella fattispecie) l'operatore economico sia in possesso ai sensi dell'art. 60, comma 3, del D.P.R. n. 207/2010, della attestazione di qualificazione che costituisce condizione necessaria

e sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici.

8.2. Con il secondo motivo di gravame viene censurata la violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 61, comma secondo, del D.P.R. 207/2010, dell'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 e viene invocata la disapplicazione degli articoli 92, comma secondo, del D.P.R. n.207/2010 e 61, comma secondo, ultimo capoverso, del D.P.R. 207/2010 perché contrastanti con l'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE.

8.2.1. La ricorrente si duole del fatto che l'esclusione del raggruppamento sarebbe illegittima anche in quanto la Savatteri, pur perdendo la classifica III bis della categoria OG6 (passando ad una classifica III), risulterebbe comunque qualificata ad eseguire la quota dei lavori (40%) dichiarati al momento della presentazione dell'offerta ricorrendo all'incremento del quinto ai sensi dell'articolo 61, comma secondo, del D.P.R. 207/2010, a mente del quale *“..la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara..”*.

8.3. Con un terzo e ultimo ordine di doglianza, la ricorrente censura la violazione dell'articolo 92, comma secondo, del D.P.R. 207/2010 e del principio di favor participationis, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria ed ingiustizia manifesta.

8.3.1. Afferma la ricorrente che la perdita della classifica III bis da parte della Savatteri non impedirebbe al raggruppamento di rideterminare, comunque, le quote di partecipazione delle singole componenti, essendo incontestato che il raggruppamento sia nel suo complesso in possesso dei requisiti sufficienti a coprire l'intero ammontare dell'appalto.

La tesi del Comune di Cagliari secondo il quale tale rimodulazione non sarebbe consentita quando la sopravvenuta e parziale perdita in capo ad uno dei componenti di un requisito di partecipazione di carattere speciale, gli impedisca di eseguire la quota parte di lavorazioni indicate in sede di offerta, sarebbe infondata in quanto lo stesso art. 92, comma 2 del DPR n° 207/2010 consentirebbe di modificare le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, previa autorizzazione della Stazione Appaltante purché il raggruppamento nel suo complesso (come nella fattispecie) possieda i requisiti di partecipazione e che la rettifica delle quote di partecipazione sia modesta.

9. Si sono costituite in giudizio il Comune di Cagliari e la controinteressata RINAC srl, anche in qualità di mandataria del costituendo RTI con la LOBINA COSTRUZIONI S.r.l., nonché la medesima LOBINA COSTRUZIONI S.r.l., instando per la reiezione del gravame.

10. All'udienza di discussione dell'istanza cautelare del 17 maggio 2023, il Collegio dava avviso alle parti della possibile definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata.

11. Con sentenza del 29 maggio 2023, n° 374 il ricorso veniva respinto.

12. Il Consiglio di Stato, sez. V[^], con decisione del 4 luglio 2023, n° 6525, nel rilevare che il ricorso in primo grado non era stato notificato, in ossequio all'art. 12-bis, comma 4, del d.l. n. 68/2022, conv. in l. n. 108/2022, al Ministero della Transizione Ecologica, nella sua qualità soggetto titolare del finanziamento PNRR, e che non era stata ordinata l'integrazione del contraddittorio nei confronti dello stesso, dichiarava nulla la sentenza appellata per violazione del diritto di difesa ai sensi dell'art. 105 c.p.a. e disponeva la rimessione della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 105 c.p.a.

13. Con atto depositato in data 6 luglio 2023, la parte ricorrente ha provveduto, ai sensi dell'art. 105 comma 3, a riassumere il processo dinnanzi a questo Tribunale.

14. In vista dell'udienza di trattazione dell'istanza cautelare fissata per il 26 luglio 2023, si è costituito, con memoria di mero stile, il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, mentre le restanti parti hanno depositato memorie.

15. Alla predetta udienza camerale il Collegio dava avviso alle parti della possibile definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

16. La causa veniva, pertanto, trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di gravame **la ricorrente censura la disposta esclusione dalla procedura assumendo che la Stazione Appaltante avrebbe dovuto consentire alla Savatteri Costruzioni srl di poter supplire alla temporanea perdita della classifica III bis per il tramite del ricorso al subappalto**, atteso che la medesima aveva dichiarato nel DGUE che si sarebbe riservata la facoltà di subappaltare i lavori ai sensi dell'art. 105 del D.Lgs 50/2016.

1.1. Il motivo è infondato.

Parte ricorrente, infatti, si è limitata a rendere una dichiarazione volta a prospettare la possibilità di ricorrere, ai sensi dell'art. 105 comma 2, al subappalto per l'esecuzione di una parte dei lavori, non rendendo apposita dichiarazione di ricorso a tale istituto al fine di qualificarsi per partecipare alla gara.

Sul punto la giurisprudenza ha evidenziato che *“l'operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario (in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 1° luglio 2022, n. 5491), ove è ben evidenziata la diversità di presupposti e di funzioni delle due dichiarazioni, di ricorrere al subappalto facoltativo oppure a quello necessario, in quanto “...nella dichiarazione di subappalto “necessario” viene in rilievo non una mera esternazione di volontà dell'operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto “facoltativo”, bensì una delle modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad*

altri fini, pena la violazione dei principi di par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche"; (cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 31 marzo 2022, n. 2365 e, ancora più recentemente, Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596).

La giurisprudenza, quindi, ha chiarito che, se da un lato, il concorrente non è tenuto a indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta, dall'altro, è tenuto senz'altro a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante.

Tale precisa dichiarazione -nel caso all'esame del Collegio- non è stata resa.

Pertanto, l'operato della Stazione appaltante si rivela immune dalle censure prospettate.

Infatti, l'intervenuto declassamento dalla classifica III bis alla III nella categoria di lavorazione SOA OG6 richiesta nella gara in oggetto, ha condotto la Stazione appaltante a rilevare la perdita dei requisiti con riferimento alla percentuale di partecipazione al raggruppamento (40%) dichiarata al momento della presentazione dell'offerta dalla ricorrente.

Quest'ultima, infatti, aveva dichiarato di partecipare alla procedura in qualità di mandataria del raggruppamento, in possesso della categoria SOA OG6, Classifica III bis, con la quota del 40%, e di volersi avvalere dei requisiti dell'impresa ausiliaria AN.CO. SRL.

La riscontrata perdita dei requisiti, quindi, non poteva che condurre l'amministrazione Comunale all'esclusione comminata, non potendo tale carenza essere in alcun modo compensata da una generica dichiarazione di ricorso al subappalto cd. "*facoltativo*" per l'esecuzione di parte dei lavori, atteso che, come sopra evidenziato, i contenuti e finalità di tale dichiarazione sono ben diversi rispetto alla dichiarazione di subappalto "*necessario*" finalizzato ad attestare il possesso di un requisito di partecipazione. Ciò anche in considerazione del fatto che "*la mancata dichiarazione del concorrente partecipante ad una procedura di evidenza*

pubblica, della volontà di far ricorso al subappalto c.d. necessario, non può essere oggetto di soccorso istruttorio, una volta che la stazione appaltante abbia accertato la carenza dei requisiti di partecipazione coerenti con la percentuale di lavori che l'impresa si è impegnata a realizzare (Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596)" (Cons. Stato, Sez. V, 28 marzo 2023, n. 3180).

2. Con il secondo motivo la ricorrente evidenzia che questa, pur perdendo la classifica III bis della categoria OG6 (passando alla classifica III), risulterebbe comunque qualificata ad eseguire la quota dei lavori (40%) dichiarati al momento della presentazione dell'offerta per effetto della riconosciuta possibilità di accedere all'incremento del quinto ai sensi dell'articolo 61, comma secondo, del D.P.R. 207/2010.

2.1. Tale motivo si rivela inammissibile, prima ancora che infondato.

2.1.1. Occorre precisare che parte ricorrente, al momento della partecipazione alla procedura, essendo in possesso dell'Attestazione SOA, Cat. OG VI, Class. III bis che copre fino all'importo di 1.500.000,00, si è liberamente determinata a fissare la propria quota di partecipazione all'interno del raggruppamento nella misura del 40%.

Al fine di raggiungere tale quota ha inteso avvalersi dei requisiti posseduti da apposita ditta ausiliaria.

Ciò ha fatto la ricorrente dopo aver formulato uno specifico quesito in ordine alla possibilità di ricorrere all'aumento di un quinto al fine di raggiungere tale quota di partecipazione e dopo aver ricevuto espressa risposta negativa. La Stazione appaltante, infatti, interpellata sul punto ha precisato che *"in virtù della disposizione di cui al secondo inciso dell'art. 61, comma 2, DPR 207/2010, che trova piena applicazione nel caso di specie, l'impresa mandataria non può beneficiare dell'incremento virtuale del quinto al fine di conseguire il requisito minimo di partecipazione"*.

Con tale replica, il Comune di Cagliari chiariva, altresì, che per effetto della nota sentenza della Corte di Giustizia del 28 aprile 2022 (C-642/20), la norma che imponeva alla mandataria la misura minima del possesso del 40% dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi doveva ritenersi disapplicata.

La ricorrente, dunque, ha serbato un contegno pienamente acquiescente rispetto alla posizione assunta dalla Stazione Appaltante, in quanto -preso atto dell'operatività della preclusione recata dalla lex specialis in ordine alla possibilità di accedere al beneficio dell'incremento del 20% dell'importo della propria classifica- ha optato per la diversa strada dell'avvalimento.

La ricorrente non ha neppure gravato, in sede di proposizione della presente impugnativa, il disciplinare nella parte in cui escludeva l'utilizzo di tale istituto da parte della mandataria sebbene l'interpretazione dell'art. 61, comma 2° del D.P.R. 207/2010 fosse stato puntualmente esplicitato in occasione dei chiarimenti forniti.

Alla luce di quanto sopra, la formulazione della censura, nella parte in cui si duole del mancato riconoscimento dell'incremento del quinto, si rivela inammissibile.

2.1.2. La censura si rivela, ad ogni modo, anche infondata.

Come evidenziato, alla ricorrente non era consentito ottenere l'aumento del quinto della propria classifica per effetto del divieto posto dall'ultimo periodo dell'art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 per il quale: *“nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 92, comma 2”*, vale a dire ai fini del raggiungimento del requisito di partecipazione nella misura del 40 per cento dell'importo dei lavori.

Va precisato che, a giudizio del Collegio, nel caso di specie l'operatività di tale divieto non viene in alcun modo intaccata dalla nota pronuncia della CGUE (C642/2020), in base alla quale il *“requisito minimo”* di cui all'ultimo capoverso del comma 2 dell'art 61 del DPR 207/2010 non può più essere ancorato alla quota del 40%. Infatti, la circostanza che la partecipazione della mandataria fosse pari al 40%

non era conseguenza di una imposizione della *lex specialis* ma risaliva ad una libera scelta organizzativa dei componenti all'interno del raggruppamento.

Sulla scorta di quanto sopra, quindi, il “*requisito minimo*” di cui all'ultimo capoverso del comma 2 dell'art 61 del DPR 207/2010 andava riferito al requisito di partecipazione alla gara al quale la ricorrente si era liberamente vincolata tramite apposita dichiarazione in sede di presentazione dell'offerta.

Pertanto, la dichiarazione resa dalla ricorrente in ordine alla quota di partecipazione al raggruppamento e di esecuzione dei lavori (nella fattispecie pari al 40%), rappresentava “*l'auto vincolo*” al quale riferire la dimostrazione del possesso dei requisiti “*minimi*”; e tali requisiti dovevano essere corrispondenti, “*nella percentuale di lavori che si era impegnato ad eseguire in quella categoria*” (Cfr. CdS Sez. V, 29.12.2022, n.11596).

Sotto questo profilo risulta corretto, pertanto, l'operato dell'amministrazione che non ha ritenuto precluso l'accesso al beneficio in ragione del mancato assolvimento di un requisito minimo di partecipazione eteroimposto dalla *lex specialis*, ma ha doverosamente preso in considerazione le dichiarazioni rese dalla ricorrente in sede di partecipazione alla gara avuto riguardo alle quote di partecipazione al raggruppamento.

E' evidente che, in tale contesto, la sopravvenuta perdita della classifica idonea a soddisfare il requisito minimo -posseduto anche per il tramite dell'avvalimento- non poteva che condurre all'esclusione dalla gara.

Per mera completezza, evidenzia il Collegio come alla luce di quanto sopra esplicitato, non risulta rilevante il richiamato recente arresto giurisprudenziale (CdS V[^] 26.5.2023, n° 5203) operato dalla ricorrente, atteso che ciò che si rivela dirimente ai fini dello scrutinio della censura non sono le modalità di computo dell'incremento del quinto ma -a monte- l'accessibilità stessa a tale istituto.

3. Con il terzo e ultimo motivo, infine, l'esponente si duole del diniego frapposto dalla Stazione Appaltante alla richiesta avanzata in merito alla possibilità di rimodulare all'interno del raggruppamento le quote di partecipazione di ciascuna impresa partecipante, essendo incontestato che l'RTI sia, nel suo complesso, in possesso dei requisiti sufficienti a coprire l'intero ammontare dell'appalto.

3.1. Anche tale motivo non è suscettibile di positivo apprezzamento.

Occorre infatti evidenziare come l'Amministrazione Comunale abbia escluso la ricorrente in ragione della constatata impossibilità di addivenire ad una modifica ex post dell'organizzazione interna del raggruppamento rispetto a quanto dichiarato in sede di offerta, non discettandosi del mancato possesso dei requisiti in misura maggioritaria e superiore al 40%.

In particolare, la Stazione Appaltante ha rilevato *“il venir meno dei requisiti di capacità tecnica della capogruppo Savatteri srl in relazione alla propria quota di partecipazione al raggruppamento e conseguentemente il venir meno dei requisiti di partecipazione dell'intero raggruppamento, conformemente a quanto prescritto dall'art. 61, comma 2, del DPR 207/10”*.

L'art. 48 comma 9 del Dlgs 50/2016 recita *“salvo quanto disposto ai commi 17 e 18, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.”*

I richiamati commi 17 e 18, tuttavia, si riferiscono a specifiche fattispecie afferenti alla sopravvenuta perdita dei requisiti di capacità generale di cui all'art. 80, fermo restando il limite dell'inammissibilità delle modifiche a carattere elusivo.

Nel caso di specie, la proposta rimodulazione sarebbe invece finalizzata a scongiurare la disposta esclusione in ragione della declassificazione del requisito speciale inerente all'iscrizione SOA da cui è scaturita la perdita dei requisiti con riferimento alla percentuale di partecipazione al raggruppamento dichiarata al momento della presentazione dell'offerta.

3.2. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha recisamente escluso che, nell'ambito di un Raggruppamento, si possa addivenire ad una rimodulazione delle quote originariamente fissate al fine di evitare l'esclusione, atteso che l'art. 48 del D.Lgs 50/2016 contempla possibili modifiche alla compagine plurisoggettiva solo laddove si registri la perdita dei requisiti generali di partecipazione e non anche di quelli speciali.

In particolare, si è osservato che *"deve ritenersi che i commi 17-19-ter dell'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016), così come interpretati dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato di recente in quattro pronunce (del 27.3.2019, n. 6, del 27.5.2021, nn. 9 e 10 e, da ultimo, del 25.1.2022, n. 2), non ammettano la possibilità di apportare modifiche soggettive alla compagine di un RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti speciali di partecipazione (nella specie dell'attestazione SOA), essendo la sostituzione interna limitata all'ipotesi in cui una delle componenti del raggruppamento perda i requisiti generali di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice, anche in corso di gara, e dovendo ritenersi che le esigenze organizzative per l'operatività di un RTI in riduzione non possano venire in rilievo laddove si debba per contro fronteggiare alla perdita in capo ad una delle imprese del costituendo RTI dei requisiti speciali di partecipazione.*

12.3. Ne discende che alcun rilievo è in grado di assumere la natura "sovrabbondante" del raggruppamento ai fini di una sua ipotetica "riduzione", dovendosi negare la possibilità di operare una tale rimodulazione per sanare la perdita di un requisito speciale di partecipazione, in quanto, qualora l'impresa che si sia impegnata all'esecuzione di una determinata quota delle prestazioni oggetto di appalto, rimanga medio tempore sfornita di qualificazione, è inconferente il possesso sovrabbondante del requisito di capacità tecnica da parte del raggruppamento nel suo complesso. Il principio, già espresso dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 6/2019, è sotteso anche alla sentenza A.P. n. 2/2022, per cui deve ritenersi che la mancanza di attestazione SOA non rientri nei casi previsti dai commi 17, 18, 19 e 19 ter che, vanno interpretati in senso tassativo e restrittivo. (...) Neppure sarebbe ammissibile una sostituzione meramente interna con altri partecipanti al RTI come evincibile dagli altri cennati pronunciamenti dell'Adunanza

Plenaria, a fronte della perdita di un requisito speciale di partecipazione, quale l'attestazione SOA od una riorganizzazione interna del RTI dettata non già da esigenze organizzative, ma volta ad evitare l'esclusione del RTI per la perdita, in capo ad uno dei componenti, dei necessari requisiti di qualificazione" (Cons. Stato, Sez. V, 10 novembre 2022, n. 9864).

3.3. Non appare pertinente neppure l'assunto di parte ricorrente laddove richiama la pronuncia della Corte giustizia UE sez. IV, 28/04/2022, n. 642, al fine ritenere superate le considerazioni formulate dall'Adunanza Plenaria n° 6 del 2019 e richiamate dalla Stazione Appaltante nel corso del procedimento che ha preceduto il provvedimento di esclusione della ricorrente atteso che la pronuncia della CGUE, infatti, ha dichiarato che l'articolo 63 della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria.

Tuttavia, come sopra evidenziato, la ricorrente è stata esclusa in quanto, per effetto della intervenuta declassificazione, invocava una non consentita modifica dell'organizzazione interna del raggruppamento non essendo nelle condizioni di tenere fede all'impegno a suo tempo assunto riguardo alla percentuale della propria partecipazione al raggruppamento.

3.4. D'altro canto, anche la deliberazione ANAC del 2 novembre 2022 richiamata dalla ricorrente ha tenuto fermo il principio in base al quale la suddivisione delle quote di esecuzione tra le imprese raggruppande deve essere effettuata entro il limite dei requisiti di partecipazione posseduti da ciascuna, valorizzando il fatto che *"La Corte ha osservato che la volontà del legislatore dell'Unione, conformemente agli obiettivi di cui ai Considerando 1 e 2 della medesima direttiva, consiste nel limitare ciò che può essere imposto a un singolo operatore di un RTI, seguendo un approccio qualitativo e non meramente*

quantitativo, al fine di incoraggiare la partecipazione di associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche.”

Su tale solco, si è mossa l'Amministrazione resistente le cui gravate determinazioni non hanno rappresentato il precipitato di disposizioni contenute nella lex specialis volte a limitare sotto un profilo quantitativo la libertà organizzativa del raggruppamento (disposizioni che ove così formulate si sarebbero rivelate in contrasto con la richiamata direttiva) ma si sono poste quale naturale esito del riscontrato venir meno della qualificazione che consentiva alla ricorrente di svolgere la quota di lavori da essa dichiarata in sede di partecipazione alla gara.

Il tutto in coerenza con la funzione stessa del sistema di qualificazione che è volto a garantire la serietà e affidabilità delle imprese che ambiscono al conseguimento delle pubbliche commesse.

In definitiva anche il terzo motivo di ricorso deve essere respinto.

4. Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso va respinto siccome infondato.

5. Le spese del giudizio, stante la particolarità delle questioni giuridiche trattate, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Tito Aru, Presidente

Oscar Marongiu, Consigliere

Roberto Montixi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Montixi

IL PRESIDENTE
Tito Aru

IL SEGRETARIO